

LA ARGUMENTACION Y LA CORTE CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA

EDGARD BELEÑO RONCANCIO

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE FILOSOFIA

LA ARGUMENTACION Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

**Trabajo de grado para acceder al título de Magister en Filosofía del
Derecho y Teoría Jurídica**

EDGARD BELEÑO RONCANCIO

UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE FILOSOFIA

MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA JURÍDICA

**MAESTRÍA EN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TEORÍA
JURÍDICA**

Bogotá, abril de 2017

La vida es una aventura y la mejor de todas ellas es el conocimiento.

CONTENIDO

INTRODUCCCIÓN	5
1. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN	7
1.1. La tónica Jurídica.	7
1.2. La nueva retórica propuesta por Chaim Perelman	10
1.3. La teoría de la argumentación en Robert Alexy	13
1.4 Teoría de la argumentación en Manuel Atienza	18
2. PRÁCTICAS JURÍDICAS.....	23
2.1 Estados Unidos de América.....	23
2.2 República Federal de Alemania	27
2.3 España	28
2.4 Estados Unidos Mexicanos.....	32
3. MARCO CONTEXTUAL ARGUMENTATIVO	34
4. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	38
CONCLUSIONES	58
BIBLIOGRAFÍA.....	61

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como propósito reflexionar acerca de la argumentación jurídica, la ponderación y su praxis, por la Corte Constitucional Colombiana en los siguientes fallos C-022 de 1996, T-629 de 2010 y C-077 de 2017. La hipótesis de trabajo es ¿la argumentación y ponderación jurídica se aplica en estos fallos de la Corte Constitucional?.

Para dar cuenta de lo anterior, se ha estructurado de la siguiente manera: el primer acápite denominado *Teorías de la argumentación*, presenta de manera sintética las teorías contemporáneas: la tópica jurídica, desarrollada por Theodor Viehweg, la nueva retórica expuesta por Chaim Perelman, la Teoría de la Argumentación Jurídica expuesta por Robert Alexy y el derecho como práctica argumentativa de Manuel Atienza.

El segundo acápite, denominado *prácticas jurídicas*, tiene el propósito de reflexionar acerca de algunos casos connotados en diversas latitudes, por lo que serán expuestos de manera sintética, privilegiando en buena medida el problema y los argumentos de la parte resolutive. En esta medida se puede analizar el derecho en casos prácticos

El tercer capítulo, *Marco contextual argumentativo*, establece las formas usuales de interpretación según la estructura dada a los silogismos.

El numeral 4, denominado, *La jurisprudencia como fuente formal del derecho en Colombia*, hace una presentación sucinta de la jurisprudencia como fuente formal del derecho ajustada al desarrollo silogístico según casos particulares.

Finalmente, el numeral 5, denominado *Análisis jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana*, explora el concepto de igualdad citado a lo largo de varias jurisprudencias, en consonancia con el artículo 13 de la C.P de Colombia.

En el desarrollo de la presente se ha utilizado la metodología de investigación *descriptiva*, en tanto se caracterizarán las teorías argumentativas y su aplicación a algunas sentencias relevantes, al mismo tiempo se hará un ejercicio comparativo de las jurisprudencias nacionales. Y el método hermenéutico en la medida en que se hará un análisis interpretativo de las sentencias citadas.

Todo lo anterior para demostrar que los altos tribunales utilizan este tipo de razonamientos y argumentos, los cuales son un aporte para que la justicia ordinaria cumpla sus objetivos de superación de la impunidad y de la injusticia, sin desestimar las otras formas de justicia, como las transicionales están a la orden del día, con los denominados casos difíciles y trágicos, para así de esta manera lograr la meta kelseniana, de lograr la paz por medio del derecho, en donde expone que (...) *la guerra es un asesinato en masa, la mayor desgracia de nuestra cultura, y que asegurar la paz mundial es nuestra tarea política principal, una tarea mucho más importante que la decisión entre la democracia y la autocracia, o el capitalismo y el socialismo*¹.

¹ Hans Kelsen. *La paz por medio del derecho*. Madrid: Trota, 2008.

1. TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN²

Este capítulo que hace las veces de marco teórico, tiene como propósito reflexionar acerca de las diversas teorías de la argumentación que han tenido un mayor nivel de reconocimiento no sólo académico sino jurídico, plasmado en múltiples decisiones judiciales.

La hermenéutica, asunto que no puede desligarse de aspectos relacionados con la argumentación, representa una de las posiciones teóricas más vigentes dentro del quehacer intelectual contemporáneo. Un punto que comparte toda doctrina hermenéutica, es la renuncia a fundamentar en un principio universal un sistema teórico cualquiera, lo que se convierte en un último criterio de verdad. En esta medida, la hermenéutica explora otras vías para acceder a la verdad, al explorar nuevos esquemas interpretativos para orientar la acción.

Las teorías de la argumentación jurídica, para estos propósitos, son entendidas como aquellas reflexiones iusfilosóficas sobre un objeto de estudio como es el derecho, en función de sus premisas interpretativas, importantes para entender la actividad judicial en sentido amplio; de ahí que estas reflexiones ocupen un lugar destacado en esta presentación, por lo que se ha reservado la primera parte para inducir a los lectores en este panorama teórico mediante los autores mencionados.

1.1. La tópica Jurídica.³ Quizá ha sido Thedor Viehweg, el que mejor ha contribuido a sustentar una nueva corriente argumentativa aplicada al

² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores.

³ VIEHWEG, T. Tópica y Jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial Taurus, Madrid, 1964.

campo jurídico, que ha tenido un desarrollo notorio no sólo en Europa sino en América Latina. Su obra *Tópica y jurisprudencia*, publicada en 1953, es un claro ejemplo de cómo incorpora unas nuevas prácticas argumentativas en el ámbito jurídico. En su desarrollo expositivo, es importante señalar cómo a partir de Aristóteles revitaliza la tónica, no en el sentido de ser consideradas verdades, sino topoi (o lugares comunes) enunciados que tienen un gran nivel de aceptabilidad social.

La tónica desarrollada por Theodor Viehweg, es la técnica de pensamiento orientada a resolver puntos problemáticos, lo que en el fondo constituye un rechazo al sistema aporético de Aristóteles, por lo que aquella se constituye en una técnica de tipo problemático. Todo problema origina un arte de invención, una pluralidad de posibilidades. En palabras de Hartmann, debe contraponerse el modo de pensar problemático y el modo de pensar sistemático, aunque tengan conexiones. ¿Qué es un problema? Para nuestro autor en mención, es toda cuestión que, a primera vista, permite más de una respuesta que requiere un entendimiento preliminar. A ese problema se le inserta un conjunto de deducciones para llegar a una contestación, más conocido como sistema. Hay una tónica de primer grado (se procede de un modo simple, tomando puntos de vista ocasionales y buscando premisas objetivamente adecuadas, lo cual genera inseguridad) y una tónica de segundo grado (acudiendo a un catálogo de tónicos, con variadas clasificaciones como la de Kästner).

Viehweg concibe “la tónica como una técnica del pensamiento problemático que fue desenvuelta por la retórica y que es desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en

una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático”.⁴ En otro de sus acápites manifiesta enfáticamente: “La tónica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión. Es por tanto una técnica del pensamiento problemático”.⁵

Viehweg, considera tres presupuestos básicos que debe contener la tónica para estructurar una idea de derecho: a) La jurisprudencia ha de ser articulada alrededor de un problema. b) las partes de la jurisprudencia en ningún momento puede estar desligadas del problema; c) los enunciados jurisprudenciales sólo pueden ser usados en relación con el problema.

A partir de problemas concretos, al derecho le atañen problemas relacionados con la justicia y la equidad, es ahí donde el arte de la invención constante tiene su ámbito de aplicación, para dejar de ser considerado como un modelo axiomático deductivo que se reduce a la subsunción normativa. En esta medida, un problema para Viehweg es toda situación particular que admite más de una respuesta, o que supone un esfuerzo interpretativo para hallar una respuesta.

Viehweg es considerado como antisistemático y antilógico, pues su punto de partida no es el sistema como tal sino los problemas que operan en el mismo; es decir, cuenta más el problema que opera en el sistema jurídico y no lo contrario. Los tópicos son principios universalmente aceptados y aplicables a la solución de los problemas, pues como lo señala Antonio Amado, “no son más que premisas posibles que reciben sentido desde el problema mismo. Es a partir de la búsqueda y hallazgo de los tópicos

⁴ Theodor Viehweg. *Tónica y Jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1964, p. 22.

⁵ *Ibíd*, p. 49.

aplicables a cada caso, como se halla la solución para el problema planteado”.⁶

La tónica es en esencia problemática que da lugar a una multiplicidad de posibilidades de invención. En esta medida, la tónica aplicada a la jurisprudencia exige niveles de argumentación lo suficientemente plausibles como para darle solidez al derecho; de ahí que en el razonamiento jurídico operan dos momentos: *uno prelógico*, que se ocupa de buscar las premisas y el siguiente propiamente *lógico*, que se ocupa de la parte conclusiva. Del primero se ocupa la tónica, en tanto que del segundo se ocupa la lógica. Inicialmente a partir de la tónica es que se fijan las premisas para posteriormente apelar a la lógica para derivar conclusiones, por lo que se puede afirmar que la tónica es un recurso que antecede a la lógica.

No obstante, las críticas formuladas al autor por ser considerados los tópicos en un sentido amplio, no se pueden desconocer la rehabilitación del sentido práctico que asume en el derecho.

1.2. La nueva retórica⁷ propuesta por Chaim Perelman, propende por un tratamiento del tema, afirmando que los juicios de valor no son racionales, en tanto no se derivan de la lógica, mas insiste en la necesidad de crear una lógica especial de tipo jurídico, o lógica de juicios de valor que no los haga depender de decisiones arbitrarias. Perelman comienza aludiendo a la retórica como el arte de persuadir mediante el discurso, a partir de los

⁶ AMADO GARCÍA, Juan Antonio. Tónica, Derecho y Método jurídico” en: Revista Doxa n° 4, España, 1987, p. 162.

⁷ PERELMAN, Ch. La lógica jurídica y la nueva retórica. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1979.

clásicos griegos, bajo el entendido de que el derecho es una manifestación de este arte, un intento de convencer a partir de tesis sustentadas en una realidad jurídica, en el derecho vigente en un momento concreto del devenir histórico. Todo ello presupone la existencia de un lenguaje común, comprensible por los intervinientes en el debate, además de la capacidad del orador para adaptarse al nivel de sus interlocutores. Por otro lado, la persuasión por medio del discurso exige conocer la tesis del auditorio y el nivel de adhesión a tales tesis.

Perelman, asume una postura distinta en términos filosóficos, en el sentido de considerar que las personas pueden adherirse o no a opiniones diversas, hecho que le resta a esta presentación el carácter absolutista con lo que se quiere presentar de manera tajante a la hora de definir una postura filosófica, toma en cuenta a los hombres y los grupos humanos que pueden adherirse a distintas opiniones a lo largo del tiempo, lo que le quita un carácter absolutista; articula la argumentación en torno al ámbito jurídico, no reivindicándolo como género superior, sino que dentro de las restricciones del marco jurídico se pueden extraer lo más puro de las argumentaciones cotidianas; a partir de principios jurídicos se pueden deducir principios argumentativos.

Perelman, se convierte así por excelencia en el gran crítico del autor de *Tópica y jurisprudencia*, por considerarla superflua, lo que no permite en sentido estricto incorporar principios de justicia y equidad. Así da lugar a lo que él consideró como “la nueva retórica” o arte de disuadir en términos discursivos, hecho que le atribuye al derecho un carácter dinamizador. Los principios de justicia de Perelman se pueden sintetizar de la siguiente manera: “*se debe tratar igual a los seres pertenecientes a la misma*

categoría”. Para dar cumplimiento a este principio se establecen seis criterios materiales que permiten identificar cuándo dos o más seres pertenecen a la misma categoría: a cada uno lo mismo; a cada uno según lo atribuido por la ley; a cada uno según su rango, a cada uno según sus méritos o su capacidad, a cada uno según su trabajo; a cada uno según sus necesidades.

Este caso se fundamenta en el principio de racionalidad. Así como en el ejercicio cotidiano las personas expresan sus niveles de argumentación, de otra parte, la ciencia jurídica como ciencia normativa se vale de estos enunciados teóricos para proferir sus decisiones.

En *El imperio retórico*⁸, Perelman, asume la retórica como “el arte de utilizar el lenguaje”, actividad que desde la tradición clásica griega tiene unos referentes teóricos de gran valía, pero es Aristóteles el padre de la argumentación por excelencia, que en su libro *Órganon*, sentó las bases de esta disciplina, donde estableció los principios básicos de la argumentación basados en dos tipos de razonamientos: los analíticos, expresados en una forma de argumentación deductiva, de los cuales el silogismo es la forma más usual para llegar a un resultado, siguiendo un proceso lógico de razonamiento. A partir de este modelo deductivo expresado en las premisas, mayor y menor, se llega a un hecho considerado como “verdad”.

De otra parte, los razonamientos dialécticos, privilegian las premisas comúnmente aceptadas por opiniones que pretenden persuadir a una comunidad o grupo en el que se dirimen situaciones cotidianas, ejercido

⁸ PERELMAN, Chaím. *El imperio retórico. Retórica y argumentación*. Bogotá: Editorial Norma, p. 23.

por personas poco expertas en el manejo de las técnicas argumentativas, como lo definió Aristóteles; es un ejercicio retórico que se ejercita con el propósito de ganar adeptos a partir de un lenguaje comprensible y expresiones retóricas que busca conmover a los interlocutores.

La nueva retórica que plantea Perelman, reivindica no sólo el papel argumentativo sino retórico, en el sentido que rehabilita la retórica de ese concepto peyorativo que ha gozado desde la tradición platónica que la concibió como ejercicio propio de “embaucadores” y sofistas. En esta nueva presentación, la retórica es asumida como un “discurso que busca persuadir o convencer a cualquiera que sea el auditorio al cual se dirige y cualquiera sea la materia sobre la cual versa”,⁹ en otras palabras, está dirigida a un auditorio en general, mediante el uso de argumentos razonables y plausibles al que un público en general puede acceder. Esta nueva propuesta tiene una notable influencia no sólo en el orden filosófico sino jurídico.

En esta medida, este discurso tiene cabida no sólo en el ámbito general cuando está dirigido a un público no especializado, sino en el ámbito judicial, configurado por unas prácticas, un lenguaje especializado como el utilizado por jueces, magistrados y doctrinantes del derecho. Este tipo de auditorio dista del anterior por los argumentos enunciados, podríamos decir que es un auditorio calificado.

1.3. La teoría de la argumentación en Robert Alexy

La apuesta de Robert Alexy, en una de sus obras más citadas, *Teoría de la argumentación jurídica*, consiste en superar la tradición clásica positivista

⁹ Ibíd, p. 24.

cuando se trata de abordar problemas actuales, por lo que se sustenta la racionalidad del derecho en un procedimiento que deben seguir los operadores jurídicos. En esta medida, la aplicación de reglas y principios sirven para dirimir problemas contextuales.

La *Teoría de la argumentación jurídica* se constituye en una de las prácticas jurídicas más sugestivas que ha permeado la cultura jurídica durante los últimos 40 años, basada en la idea de que la argumentación racional es posible, al seguir un conjunto de reglas, principios y procedimientos. Así, el discurso jurídico gana solidez, en el sentido de garantizar las pretensiones de corrección mediante las decisiones jurídicas.

Volviendo a relevante la discusión entre derecho y moral, que en buena medida ha dividido a los positivistas de los iusnaturalistas, en el sentido de no asumir una postura reconstructiva de estos dos modelos, sino que se dedica a profundizar su concepción no positivista del derecho, articulada a su teoría de la argumentación, la teoría de los derechos humanos y el sentido de justicia, entre otros aspectos.

Considerando que la argumentación jurídica debe propender por una armonización entre los precedentes y el caso concreto, cuya resolución reclama. Las reglas que el intérprete del derecho ha de aplicar a un caso particular, deben conseguir el equilibrio entre los resultados de casos precedentes y análogos, y las exigencias de lo correcto; en otras palabras, se corresponde con el inveterado dilema entre justicia y seguridad. De aquí se deduce la importancia que tienen las valoraciones dentro de un sistema jurídico a la hora de aplicar cualquier norma. Estas valoraciones las agrupa en cuatro categorías diferentes: las **valoraciones basadas en**

consensos existentes de facto, las extraídas del material jurídico consolidado, las derivadas de principios suprapositivos y finalmente, las que surgen de conocimientos empíricos distintos a los señalados.

Por otro, defiende su idea como un caso especial del discurso práctico general. En ambos casos se trata de la corrección de enunciados normativos, de premisas, pero el discurso jurídico va a aparecer más limitado por causa de una serie de condiciones restrictivas como son la sujeción a la ley, la necesaria consideración de los precedentes, el peso de la dogmática elaborada por la ciencia jurídica y las limitaciones derivadas del ordenamiento procesal.

Es usual relacionar el positivismo jurídico a tres ámbitos como son el sentido de legalidad, la eficacia social y el elemento coactivo. Alexy, no tiene ninguna objeción respecto a las dos primeras, pero la tercera la sustituye por el sentido de corrección, como correlato de una teoría no positivista del derecho. Este tercer elemento es decisivo en un sistema jurídico propio de una sociedad democrática y de un Estado constitucional de derecho. Esta tercera función se encuentra estrechamente vinculada con el hecho de que no se convierta el derecho en un simple medio de resolver conflictos, sino ante todo de ser un medio de cooperación social. Para que este hecho se materialice, en sentido estricto, se hace necesaria la institucionalización de la justicia, plasmada mediante el ejercicio jurídico; en esta medida se establece una relación necesaria entre derecho y la moral.

Afirma además que el sentido de justicia se plasma mediante las instituciones, estatuidas mediante procedimientos normativos establecidos por estas. Este sentido de justicia se encuentra muy próximo a una idea

de derechos humanos y, por el contrario, muy distante de la postura de Radbruch, en el sentido de considerar el derecho como extremadamente injusto. Así, los derechos humanos como derechos morales y sociales hacen tránsito a rango constitucional, lo que hace que adquieran el estatus de derechos fundamentales, lo que posibilita “que las normas de justicia tengan estructura de principios, más flexibles que las reglas, y que la ponderación aparezca como un gozne metodológicamente de la teoría de la justicia”.¹⁰

Lo central en esta discusión consiste en que la eficacia y la legalidad del sistema jurídico, han de estar vinculadas de algún modo a la corrección moral. En esta medida se encuentra un vínculo ineludible entre derecho y la moral. Además de este vínculo, se presenta una relación triádica a saber: la inclusión, el límite y la fundamentación; la primera reviste dos aspectos, en tanto el derecho tiene necesariamente una pretensión de corrección, y, de otra parte, este vínculo necesariamente conduce a una relación entre derecho y moral. Estas apreciaciones conducen a Alexy, a señalar que “justicia es corrección en la distribución y en la compensación, y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Las decisiones jurídicas tratan pues, esencialmente de distribución y compensación. Por ello las decisiones jurídicas tratan esencialmente de cuestiones morales”.¹¹

Lo anterior constituye una manera de articular el sentido de justicia al derecho. En lo tocante al límite, por lo anteriormente señalado, una norma jurídica pierde su valor cuando es injusta, a la manera de Radbruch, al considerar que “el derecho injusto en sentido estricto no lo es”. El dilema

¹⁰ ALEXY, Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 9.

¹¹ Ibid, pp. 22-23.

ante esta situación consiste en dilucidar cuál es el límite para considerar cuándo el derecho es extremadamente injusto, del mismo modo que hasta dónde una norma injusta puede ser tolerada: “Sólo en los casos de extrema injusticia, la fórmula otorga prioridad a la justicia material sobre la seguridad jurídica. De esta manera incorpora un límite externo al derecho. Este límite se define sustancialmente por el núcleo de los derechos humanos”.¹²

En lo tocante a aspectos de fundamentación, el asunto consiste en dilucidar si es un deber moral de todos los destinatarios de las normas jurídicas para acatar las normas, independientemente de su contenido, lo que suscita dos grandes tensiones entre el positivismo moral de un lado y el positivismo neutral, de otro. El primero considera que existe un deber moral en el acatamiento jurídico, por inmoral que sea, a diferencia del positivismo neutral que afirma que sólo existen deberes jurídicos que en ningún momento deberían entrar en contradicción con la moral, aunque en algún momento esta tensión puede suscitarse, a lo que Alexy, responde que “este problema es esencialmente un problema de ponderación entre seguridad jurídica y corrección moral”.¹³

El asunto se dirime, como dice Alexy, apelando a la figura de corrección o pretensión de justicia, lo que no deja de suscitarse la relación entre derecho y moral. Ahora bien, en relación con este concepto de justicia, se pregunta si es posible construir un concepto pragmático articulado al derecho; la respuesta no es otra sino mediante una teoría discursiva. Este

¹² ALEXY Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 24.

¹³ Ibid, p. 29.

recurso procedimental dialógico considera que una norma es correcta cuando ha seguido las reglas del discurso práctico racional.

Este procedimiento práctico discursivo tiene en cuenta las necesidades de los involucrados en el discurso, en donde el punto de llegada de todas estas pretensiones es necesariamente la Constitución, que en palabras de Alexy, “se convierte, de este modo, en el primer objeto de la teoría discursiva de la justicia”.¹⁴

1.4 Teoría de la argumentación en Manuel Atienza

El derecho como práctica argumentativa es “la cualidad que mejor define lo que se entiende por un “buen jurista” tal vez sea la capacidad para idear y manejar con habilidad argumentos”¹⁵, pero también es una forma de pensar lógicamente con preceptos que permiten elaborar razones y respuesta jurídicas de manera distinta a la ortodoxos y exegéticos del derecho.

Los componentes de la argumentación son los siguientes: (i) una actividad lingüística, (ii) una afirmación o conclusión, (iii) unas premisas y (iv) una relación entre las premisas y la conclusión.¹⁶ Como esto tiene un fin práctico concreto, es preciso detenernos en cada parte.

¹⁴ ALEXY Robert. La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 63.

¹⁵ ATIENZA Manuel. Derecho y argumentación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 32.

¹⁶ Ibíd, p. 37.

Una actividad lingüística. La argumentación acude al lenguaje, por eso se concibe como una actividad lingüística que trata de la corrección de los enunciados normativos.¹⁷

Una afirmación. Una proposición o afirmación a favor de la cual se están dando razones. Weston aduce lo siguiente: “El primer paso al construir un argumento es preguntar: ¿qué estoy tratando de probar? ¿Cuál es mi conclusión? Recuerde que la conclusión es la afirmación a favor de la cual usted está dando razones”.¹⁸

El primer paso para desarrollar la argumentación es tener clara la tesis a defender, en otras palabras, desde la óptica de un juicio penal se debe determinar cuál es la teoría del caso a proponer. Perelman, señala que desde un principio se debe enunciar la tesis, porque esta orienta el discurso y es una postura que, al ser expuesta de una vez, ilustra a los oyentes y se gana terreno y rapidez. Por ejemplo, la afirmación central que voy a probar o a defender es que el acusado actuó en estado de ira.

La existencia de una o varias premisas. Las premisas son las razones mediante las cuales se apoya una conclusión. Luego de haber afirmado que el acusado actuó en estado de ira, se buscan las razones que apoyen esa conclusión.

¹⁷ ALEXY Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.

¹⁸ WESTON Antony. Las claves de la argumentación. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 19.

La relación entre premisas y conclusión. Entre la afirmación central que se ha propuesto y las razones que la apoyan es lógico que deba existir un nexo.

La praxis de la argumentación en Atienza

Este autor parte de tres paradigmas desde los cuales se puede estudiar el derecho en sus variables complejas, utilizando las siguientes metáforas:

Estructural: Que establece el derecho como un edificio de normas.

Funcional: Considera que el edificio tiene varias partes que cumplen roles y funciones.

Ideal: Que se encuentra fuera del edificio, como el deber ser y en búsqueda del derecho justo y racional.

Así, su planteamiento es un esfuerzo de complementar y fortalecer la triada presentada, bajo el criterio de la argumentación jurídica, sin ser elemento único, pero jugando un papel esencial en su práctica y desarrollo. Este tipo de amalgama nos propone una pregunta: ¿por qué argumentar? y en su lógica impecable nos recuerda cinco razones que permiten responder con fuerza a la misma: el descuido de la argumentación en la historia del derecho; lo relevante que es argumentar en los estudios jurídicos; la exigencia argumentativa de los operadores jurídicos por consecuencia de los cambios del derecho contemporáneo; debe hacer parte de la enseñanza jurídica en las universidades de leyes basada en la práctica; y finalmente se constituye en medio de la democracia deliberativa y en ejercicio de los derechos de los olvidados y los ciudadanos que definen su futuro en democracia.

Así las cosas, la nodriza de la argumentación en el contexto histórico de los tres enfoques de las escuelas del derecho que permiten afirmar, que la argumentación no ha tenido un papel protagónico y que tiene razones suficientes para existir en nuestros días. Es tal vez una de los aportes paradigmáticos de autor. , todo lo anterior se aplica en tres posibles casos que debe resolver el sistema jurídico, que permiten realizar una tipología dependiendo de su complejidad, derechos en tensión y posibles soluciones, los cuales son:

Casos fáciles: son los que aplican la lógica formal y el silogismo jurídico, entendido como premisa mayor (norma), premisa menor (situación fáctica) y conclusión (decisión o sentencia), la cual plantea que aceptar las premisas es aceptar la conclusión, a esto es lo que denomina el autor justificación interna.

Casos difíciles: son los que presentan cuestiones problemáticas a la aplicación del silogismo jurídico, el cual no es suficiente para resolver los casos, por lo que se requiere de argumentos adicionales-razones en favor de las premisas, lo cual consiste en llenar de razones las premisas, a esto es lo que le denomina justificación externa.

Casos trágicos: son los que llegan al límite de las fronteras del sistema jurídico. Este invoca valores que determinan un sacrificio sobre otros y al mal menor. Es la excepción de la excepción, apelando a razones del derecho internacional, de otras disciplinas que lo complementan, criterios como la compasión, la justicia o valentía, permite aportar para resolver estos casos, en palabras de Isaiah Berlin:

“Cuando usted presencia un choque entre dos pretensiones moralmente aceptables, tiene ante sí una situación trágica. Hegel

tiene razón cuando dice que la esencia de la tragedia está en el choque de un derecho contra otro derecho¹⁹”.

Esta teoría es una praxis para el trabajo cotidiano jurídico, en la medida que permite establecer criterios para afrontar y solucionar los casos (fáciles, difíciles y trágicos), pero con una herramienta que denomina argumentación, la cual tiene un contexto histórico en la filosofía del derecho, como en las razones para existir de la argumentación como tal.

En esta parte merece una reflexión como aporte de este trabajo, donde los casos difíciles y trágicos, son situaciones *sui generis* en el sistema jurídico colombiano, el cual presenta situaciones de fallas estructurales que no se resuelven solamente con el silogismo jurídico, en particular me refiero a los casos en temas de justicia transicional que merecen ser abordados con esta perspectiva. En esa dicotomía, hemos estado en la última década, desde la expedición de la ley 975 de 2005, luego con la ley 1448 de 2011 y ahora con el proyecto de acto legislativo N°2 (Jurisdicción especial para la paz), creando desafíos y requerimientos para buscar soluciones a tragedias humanitarias como las 1982 masacres cometidas entre 1980 y 2012²⁰, o los delitos de falsos positivos/ejecuciones extrajudiciales con sus respectivas cadenas de mando.

¹⁹ El malpensante. Marzo-abril 1998. N° 9, p. 76.

²⁰ Basta Ya. GMH 2013, Pág. 36.

2. PRÁCTICAS JURÍDICAS

Este acápite tiene el propósito de reflexionar acerca de algunos casos connotados en diversas latitudes, por lo que serán expuestos de manera sintética, privilegiando en buena medida el problema y los argumentos de la parte resolutive. Al incorporar estas prácticas de casos que se han proferido en otros países, se justifica en la medida en que han sido casos paradigmáticos y además son un buen ejemplo de argumentación jurídica constitucional en casos prácticos,²¹ como los que a continuación se exponen:

2.1 Estados Unidos de América²²

Roe vs. Wade (1973)

Problema jurídico: El caso se originó cuando Jane Roe, una mujer soltera que se encontraba embarazada y vivía en la ciudad de Dallas, demandó en marzo de 1970 al fiscal del Estado de Texas, W. Wade. La demanda fue impetrada al impedírsele abortar, de conformidad con el Código Penal del Estado que consideraba inconstitucional esta disposición, en tanto violaba su derecho a la *privacidad* previsto en las enmiendas primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta de la Constitución Federal.

Los argumentos de Roe:

²¹ Tomado de DORANTES DÍAZ Francisco Javier. Chaim Perelman y la nueva retórica. Argumentación jurídica. Documento de trabajo, casos prácticos.

²² *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*. Selección, traducción y prólogo de Guillermo Guzmán Orozco. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000, p. 156.

- Manifestó que deseaba terminar su embarazo mediante un aborto realizado por un médico titulado competente y en condiciones médicas seguras. En Texas no podía hacerlo, en virtud de que los artículos 1191 a 1194 del Código Penal estatal sólo permitían el aborto cuando resultaba necesario salvar la vida de la madre.
- Agregó que no podía cubrir el costo de un viaje a otro Estado donde el aborto fuera legal.
- Las leyes de Texas violan el derecho que toda mujer debe tener sobre su cuerpo y, por consiguiente, sobre su embarazo. En su opinión, este derecho forma parte de su *libertad personal* prevista en la decimocuarta enmienda.

Argumentos de la Corte:

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos buscó una fundamentación histórica a partir de una ley inglesa de 1803 que permitía el aborto si aún no se sentía el movimiento del feto, pero en el caso contrario se constituía en un delito. Este criterio prevaleció durante muchos años, sin embargo, a fines del siglo XIX el aborto fue prohibido bajo tres argumentos históricos fundamentales:

- Desalentar la conducta sexual ilícita. (Argumento victoriano). El problema es que el aborto se presenta en mujeres tanto casadas como solteras. Ahora bien, ¿este podría ser un argumento válido en la sociedad de los 70s?
- Proteger la salud de la mujer. A principios del siglo XIX, las condiciones para practicar un aborto se presentaban de manera bastante riesgosa y en condiciones de insalubridad. Con los avances médicos, ¿sería válido

argumentar el riesgo de la mujer para practicar un aborto, sobre todo, antes de los tres meses?

- Proteger la vida del feto. La justificación descansa en que se trata de la vida de un ser humano, pero: ¿desde qué momento un feto puede considerarse ser humano, con la mera concepción o con la adquisición de ciertas características sensoriales o físicas?

La Corte se percató que aun aplicando los argumentos meramente históricos se presentaban problemas sin resolución aparente, así, por ejemplo, ¿el derecho a la privacidad sería lo suficientemente amplio como para concluir la decisión de una mujer a terminar o no su embarazo?; ¿la mujer embarazada puede ser aislada en su privacidad, llevando dentro de sí un ser humano en proceso de formación?

La Corte Suprema finalmente concluyó que la disposición es demasiado restrictiva, habida cuenta que no distingue efectos penales entre los abortos al principio del embarazo y los que se practiquen con posterioridad, y los permitidos con la finalidad de salvaguardar la vida de la madre. Con base en estos planteamientos fue declarada inconstitucional la citada ley.

- **Tinker vs. Des Moines School District** (1969)²³

Problema jurídico. Como parte de una protesta contra las hostilidades en Vietnam, tres estudiantes de una escuela pública usaron bandas negras en los brazos, violando el reglamento escolar, razón por la cual fueron expulsados. El tribunal federal de Distrito correspondiente desechó una demanda que pretendía impugnar la suspensión escolar. El Tribunal de

²³ *Ibidem*, p. 170 y ss.

Apelaciones confirmó la decisión. El caso fue sometido posteriormente a consideración de la Corte.

Argumentos de la escuela. Para justificar la expulsión de los alumnos la institución educativa esgrimió los siguientes argumentos:

- El uso de las bandas negras podría generar conflicto con las labores de la escuela o con los derechos de otros estudiantes, pudiendo generar inclusive, actos violentos.
- Los estudiantes no sólo deseaban manifestarse sino, quizá buscar otro tipo de reacción en la comunidad universitaria.
- Se violentó el Reglamento Escolar, que es norma positiva y obligatoria para todos los estudiantes.

Argumentos de los estudiantes. Los argumentos utilizados por los estudiantes ante la Corte Suprema fueron los siguientes:

- Su manifestación es un acto simbólico que queda incluido en la cláusula de libertad de expresión de la primera enmienda constitucional.
- No se causaron disturbios ni actos violentos entre los estudiantes, con excepción de ciertas manifestaciones verbales hostiles a los muchachos que usaban las bandas en el brazo.
- No obstante, el hecho de ser alumnos de una institución pública, se sigue siendo ciudadano de un país y, en consecuencia, protegidos sus derechos fundamentales.

2.2 República Federal de Alemania

Sentencia 3298 del 19 de octubre de 1971. Sobre el efecto del derecho fundamental de la libertad de creencia en la penalización por omisión al deber de prestar auxilio. Art. 330 del Código Penal Alemán.²⁴

Problema jurídico. El recurrente pertenecía a la asociación religiosa de la comunidad evangélica de hermanos, al igual que su esposa. Posteriormente esta, tras el nacimiento de su cuarto hijo, se negó a practicarse una transfusión de sangre como se lo habían recomendado los médicos. Su esposo se abstuvo de influenciar a la mujer, en el sentido de hacer valer la recomendación médica y, por lo tanto, no se practicó la transfusión, lo que finalmente le ocasionó la muerte de su esposa.

El tribunal estatal de Ulm, condenó al recurrente mediante Sentencia de 14 de enero de 1965 por el deceso, debido a la omisión al deber de prestar auxilio, a una multa de 200 marcos alemanes, reemplazables por 10 días de prisión.

Argumentos del Tribunal Estatal de Ulm. El tribunal dio su veredicto con fundamento en las siguientes circunstancias de hecho: el médico reconoció que existía peligro para la vida y le aconsejó, tanto al recurrente como a la esposa, la hospitalización para que se le pudiera practicar la transfusión de sangre, lo cual manifestó que la paciente podía morir si no se sometía a un tratamiento de esta naturaleza. El recurrente manifestó al médico que su esposa sanaría nuevamente sin necesidad del tratamiento médico, si le

²⁴ Caso obtenido del libro de Jürgen Schwabe. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Trad. Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 109-112.

pedía a Dios y se mantenían dentro de su credo, pues ambos eran creyentes.

Posteriormente le manifestó a su mujer que, si ella lo deseaba, podía ir al hospital; sin embargo, en la asamblea de médicos se tomó otra decisión, atendiendo a un pasaje bíblico que señala lo siguiente: “si alguien está enfermo, se deberá convocar al más viejo de la comunidad y se le pedirá que ore y la oración del creyente ayudará al enfermo”. La esposa del recurrente declaró por tanto que rechazaba el tratamiento médico y solicitó que se llamara a un hermano de su comunidad religiosa para que orara en comunidad, lo cual se realizó. Poco tiempo después la esposa falleció.

El recurrente objetó la resolución con base en su derecho fundamental a la libertad de creencia y conciencia.

2.3 España

- Violeta Friedman vs León Degrelle (1985)²⁵

Problema jurídico: En el número 168 de la Revista *Tiempo*, correspondiente a la semana del 29 de julio al 4 de agosto de 1985, se publicó un reportaje titulado “Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle”, en el que se recogían unas declaraciones realizadas a la revista por León Degrelle, sobre la actuación nazi en relación con los judíos y los campos de concentración. Entre otras cosas, este exjefe de las SS afirmaba lo siguiente:

“¿Los judíos? mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros. Yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos

²⁵ Caso tomado del libro Manuel Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1993, pp. 36 y ss.

ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.

El problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos; si no tienen enemigos, los inventan. (...) Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquél que podría salvar a Europa. Pero ya no surgen hombres como el Führer.(...) Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele...¡Hasta donde llega el odio! A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace dos años que hay una recompensa en los EE.UU. para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos”.

Ante estas declaraciones, Violeta Friedman, quien había estado interna siendo niña en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió en la cámara de gas con toda su familia por orden del Doctor Mengele, demandó la protección civil del derecho al honor contra León Degrelle, el periodista y el director de la revista; por su parte, León Degrelle se defendió amparado por el derecho de libertad de expresión consagrado en el artículo 20.1 de la Constitución española.

El problema en este caso es que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que uno de sus límites es, precisamente el derecho al honor, pero el honor tiene un carácter estrictamente personal y ninguna de las expresiones aparecidas en el reportaje se refería a la señora Friedman o algún miembro de su familia, razón por la cual carecía de legitimación activa para litigar. El caso llegó hasta el Tribunal Supremo de Justicia en España.

Argumentos del Tribunal Supremo de Justicia: este órgano judicial se encargó de revisar el respeto a los derechos humanos y sus argumentos básicos fueron:

- Friedman, si bien no tenía un interés simple, sí tenía un interés legítimo. En consecuencia, podía demandar a Degrille. Ese derecho lo posee en su calidad de ciudadana de un pueblo como el judío como descendiente de sus padres, abuelos maternos y bisabuela judíos.

- Debe distinguirse entre *libertad de expresión* en sentido estricto, entendiendo por tal la emisión de juicios y opiniones, y *libertad de información*, entendiendo por tal la manifestación de hechos. El requisito de veracidad es más fuerte tratándose de hechos que de juicios de valor.

- El demandado hizo “juicios ofensivos al pueblo judío”, interpretándose bajo una connotación racista.

- De tal forma que “tales derechos (las libertades ideológicas y de expresión) no garantizan, en todo caso, el derecho de expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancias personal, étnica o social”.

En virtud de los argumentos anteriores, el Tribunal condenó a Degrille a pagar a Friedman una indemnización por algunos miles de pesetas.

- I.A.G. Vs. Gobierno Español (1992)²⁶

Problema jurídico: En el artículo 2, apartado 3 de la ley Orgánica 8/1984 se establece lo siguiente: “Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán las penas de prisión menor en sus grados

²⁶ *Ibidem*, pp. 149 y ss.

medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena”. En el caso que nos ocupa, I.A.G. fue reconocido como objetor de conciencia, declarado exento del servicio militar y útil para realizar una prestación social sustitutoria. A pesar de lo anterior, cuando se le pidió realizar esa prestación en un hogar de la tercera edad, manifestó su objeción a desempeñarla. El juez, en lugar de condenarlo a prisión lo absolvió. ¿Cómo pudo ser esto posible?

Argumentos del juez:

- Aquí no se protege ningún *bien jurídico básico*. Se trata de la “la infracción de un deber que se quiere imponer *“per se”*”.
- El objetor incumplió su deber legal por imperativo “de una conciencia auténtica, adquirida, no en virtud de ciertas conveniencias, sino con base en su formación religiosa y en una constante educación de sus potencias morales”.
- Esta actuación es coherente con sus planteamientos éticos, pues “el acusado no objeta el cumplimiento del servicio militar obligatorio (...) sino la existencia misma de dicho servicio (...): en la medida que el objetor acepte la prestación social sustitutoria, estará aceptando la existencia del servicio militar obligatorio”.
- El conflicto que se presenta es entre conciencia o ley.

Debe prevalecer la primera, ya que así se actúa a favor de la persona y su dignidad. La dignidad de las personas es “fundamento del orden político y la paz social”.

- La “defensa nacional” no ha quedado mínimamente afectada.

Como se podrá suponer, la sentencia aquí comentada fue duramente criticada en España en periódicos como “El País”. Para cierto sector de la opinión pública, la ley debe de cumplirse, pues como señalaron algunos, ¿podríamos perdonar a un terrorista porque actúa de conformidad con su conciencia?

2.4 Estados Unidos Mexicanos

- Amparo 2231/97 Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁷

Problema jurídico. La persona que promovió el juicio de amparo era derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social del cuál recibía atención médica, pues padecía el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). El quejoso afirmaba que recientemente habían sido descubiertos y comercializados diversos medicamentos que, por sus ventajas terapéuticas, resultan esenciales para el tratamiento de los enfermos del SIDA. Sin embargo, estos medicamentos no fueron incluidos en el *Cuadro básico y catálogo de medicamentos del sector salud*, no obstante, su disponibilidad en el mercado y que la Secretaría de Salud ya les había otorgado el registro sanitario. Por tal motivo, el petente afirmó que no le fueron prescritos y suministrados, considerando que se violaba en su perjuicio el derecho a la protección a la salud. El IMSS le negó los medicamentos, acudió en primera instancia y se confirmó la resolución. El caso es llevado al Máximo Tribunal del país.

²⁷ Poder Judicial de la Federación. *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Novena Época)*, 2 a ed., México: Poder Judicial de la Federación, 2000, pp. 223 y ss.

Argumentos de la Suprema Corte de Justicia

- El derecho a la protección a la salud no se satisface con el suministro de cualquier medicamento o el otorgamiento de cualquier clase de atención médica, sino que se debe proporcionar a los enfermos la mejor alternativa terapéutica, definida como aquella que otorga una mayor calidad y cantidad de vida. Esto significa que, para cada enfermo, el *medicamento esencial para la salud* es aquel que tiene una mayor eficacia terapéutica que los restantes que pueden ser suministrados al enfermo.
- El carácter de *medicamento esencial para la salud* no queda supeditado al arbitrio de las autoridades responsables o de los particulares. Los ciudadanos son titulares de un derecho que los habilita para recibir en especial determinados medicamentos con la mayor eficacia terapéutica. El derecho a la protección de la salud no otorga a los gobernados la prerrogativa de recibir los medicamentos que estos pretendan de manera arbitraria, pero sí el derecho a recibir los medicamentos que produzcan los mejores beneficios terapéuticos posibles.
- La *Ley General de Salud* establece obligaciones para las autoridades, con el fin de hacer efectiva la disponibilidad de *medicamentos esenciales para la salud*, como un componente básico del derecho a la salud.
- El incluir un medicamento en el *Cuadro básico y catálogo de medicamentos* no es una facultad discrecional de la autoridad. Cuando un medicamento es *esencial* para tratar alguna enfermedad, el gobierno tiene la obligación de incluirlo oportunamente.

3. MARCO CONTEXTUAL ARGUMENTATIVO

El modelo tradicional argumentativo utilizado en el campo jurídico, antes de la Constitución de 1991 se basaba en la silogística aristotélica, es decir, a partir de una premisa mayor y una menor, siguiendo un proceso lógico deductivo se llega a una conclusión, formulado por primera vez en el *Órganon* de Aristóteles; en esta medida, la principal forma de argumentación se puede sintetizar de la siguiente manera:

Construcción del silogismo

Para ello se construirá el silogismo, siguiendo la estructura del *modus ponens*.

$p \rightarrow q$	Si alguien comete el delito de homicidio, debe sufrir pena de muerte
p	M ha cometido homicidio
-----	-----
Q	M debe sufrir la pena de muerte

La premisa mayor

A esta premisa se puede llegar por medio de la interpretación de los textos o procedimientos cuyo estudio sobrepasa los límites de la lógica.

La proposición normativa (premisa mayor) corresponde al conjunto de enunciados reglamentarios que imperan en un período; no son ni verdaderos ni falsos, sino válidos o no, acatados o no, y dependen de una

disposición constitucional o de la discusión dogmática del caso.²⁸ En lo referente a la interpretación, los procedimientos que el juez debe aplicar para obtener la premisa mayor se revisten de formas lógicas muy particulares.

La premisa menor:

El problema se encuentra en la formulación de la premisa menor, ya que subsume el caso bajo el supuesto jurídico de la norma genérica. En lo tocante a la subsunción, es decir, cuando se toma un elemento como parte de un conjunto más amplio o un caso particular que hace parte de uno más general, se distinguen tres elementos:

- 1.- La representación del hecho jurídico
- 2.- La comprobación de que efectivamente se ha realizado
- 3.- La calificación que exhibe las notas constitutivas del supuesto jurídico y este es el elemento. El que consiste propiamente en la subsunción.

En lo tocante al primer punto, el autor declara que por subsunción entiende la subordinación del hecho jurídico a las notas conceptuales del supuesto legal, la que recibe el nombre de proposición enunciativa (premisa menor, dato), que corresponde a juicios de la experiencia que describen situaciones particulares y consideraciones de hecho; son verdaderas o falsas debido a que se les somete al criterio de falsación, experimenta, y dependen de los términos procesales a saber, testigos, declaraciones, etc., poco importa el método de la subsunción que los grupos de casos o los casos que sirven como base de comprobación se deriven en forma casuística de la ley o sean descritos con notas

²⁸ Para ver más sobre este asunto, ver: LUHMANN, N. Sistema jurídico y dogmática jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

conceptuales, pues de lo que se trata es de determinar las clases que el supuesto legal designa y de acuerdo con el intérprete son subordinadas, para subsumir de ellas el asunto que ha sido sometido a consideración del juez.

En los procesos, lo primero que ocurre es hacer la afirmación o suposición del hecho y lo que hay que determinar es si es o no subsumible, bajo el supuesto de alguna norma. De conformidad con lo anterior, se formulan las siguientes preguntas: ¿qué significa realización efectiva del hecho jurídico? y ¿qué tratamos de expresar con los términos hecho y realidad? Como hechos reales o efectivos, vienen primeramente los objetos, propiedades y sucesos que pertenecen al mundo exterior, inclusive el cuerpo humano y los procesos psíquicos que se desarrollan en el interior del hombre. Lo que pertenece al futuro no es nunca algo efectivo o real, por grande que sea la certeza de que habrá de realizarse.

Prueba del hecho jurídico

Vuelve el autor al punto de partida y llega así a la teoría de la prueba, expresión equivocada con la que quiere indicar que, por la aceptación de la prueba, el juez se convence de la realidad de los hechos jurídicamente relevantes que al comienzo sólo tienen que ser afirmados, pero ¿en qué se funda tal convencimiento?, ¿cómo se llega lógicamente a él? La respuesta es sencilla, cuando el hecho a calificar se da ante los ojos de quien debe hacer la calificación. Desde el punto de vista lógico, un medio de prueba sólo realiza su fin en la medida en que es utilizado.

Así, los indicios pueden definirse como hechos inmediatamente perceptibles, convertidos en objetos de la percepción durante el período probatorio y luego de acuerdo con las reglas de la experiencia, sirven como base para establecer la realidad, es decir comprobar.

4. ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Concepto de derecho

El concepto clásico del derecho es el que rinde culto a su sentido objetivo, o sea, como conjunto de normas jurídicas. Para muchos autores, esta es una mera descripción porque no atiende a la esencia del concepto de derecho. En efecto, como sostiene *Fernández González*, que para saber lo que el derecho es, es absolutamente necesario determinar lo que hace que una regla o norma sea derecho y no una prescripción de la moral, de la cortesía o una combinación arbitraria; fijar qué es lo que constituye el carácter jurídico de una norma o regla.

Concepto de jurisprudencia

Por lo que se refiere a la última palabra, etimológicamente jurisprudencia significa prudencia de lo justo; otros llaman jurisprudencia a la ciencia o teoría del derecho. En la obra *Digesto*, Ulpiano definió la jurisprudencia como la ciencia de lo justo y de lo injusto (*Justi atque injusti scientia*).²⁹

La jurisprudencia como fuente formal del derecho

Los ordenamientos jurídicos con tradición codificadora de la ley, suelen dividir y jerarquizar las fuentes del derecho con criterios formalistas y excesiva veneración de la ley escrita, en principales y auxiliares. Así las cosas, la ley ocupa el primer lugar en importancia, como fuente del

²⁹ ULPIANO Digesto. 1.1.10.2

derecho al lado de la costumbre, la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina son sólo criterios auxiliares (Art. 230 C.N.).

Extrañamente, la ley -entendida como la norma emanada del Estado a través del órgano competente- es un fenómeno relativamente nuevo respecto a las fuentes auxiliares, las que se iniciaron con el Código de Napoleón en el siglo XIX y desarrollado posteriormente en los países continentales, causando una especie de frenesí legislativo. A partir de ese momento prácticamente el derecho positivo es la ley escrita.

Esta clasificación de fuentes y esmerado proceso de codificación de la ley, tiene su razón de ser con el desarrollo del Estado de derecho (Estado gendarme), nacido de la Revolución francesa e ideológicamente cimentado sobre el liberalismo individualista y capitalista.³⁰ La dinámica negocial, el creciente comercio y los intereses económicos, experimentan una sentida necesidad de ser respaldados por las normas, pues quien invierte energía y dinero en una empresa, quiere saber antes que nada si la ley le asegura también los frutos; el que suscribe un contrato quiere saber si la ley positiva garantiza su cumplimiento.

Frente a este panorama, es apenas lógico que las decisiones adoptadas por las Cortes sean un fiel reflejo de la ley (*dura lex per lex*).³¹ El dominio de las fuentes del derecho como una garantía de la plenitud del ordenamiento jurídico, sino como garantía de la desmedida e injusta autonomía de la

³⁰ De manera sucinta convendría mencionar aquí la teoría conflictualista de Marx, según la cual, el derecho tiene su origen en el conflicto de intereses y el derecho es el instrumento para legitimar el conflicto a favor de la clase dominante y explotadora. (Atienza Manuel, en: Introducción al Derecho).

³¹ Josserand.

voluntad privada, es monopolizada de forma drástica; así, la función creadora del derecho³² es exclusiva del legislador por claros intereses económicos y políticos.

Con el Estado social de derecho, el asunto cambia por cuanto no estamos frente a un Estado expectante del desarrollo de las relaciones jurídicas y que sólo entran a escenario jurídico cuando se pueda presentar una controversia, sino un Estado que consagra, protege y hace efectivo a las personas sus garantías y sus deberes, pero sobre todo fundado en el respeto de la “dignidad humana”.³³ (T-570/1992 Corte Constitucional).

Por lo tanto, como cambia la forma de Estado, también cambian sus fines (C.N. Artículo 2º), por lo que se hace menester asignar nuevas funciones al poder público. En esa misma medida, el legislador tendrá la misión de desarrollar los contenidos en la norma de normas, el ejecutivo ha de diseñar programas de gobierno que permitan hacer efectivo los fines del Estado y la función judicial dejará de ser un mero declarador de derechos para convertirse en un constructor de “derecho vivo”. Estas nuevas funciones suponen una colaboración armónica de las instituciones del poder público. Esta armonía en un sentido estricto debería prescindir de la

³² Considero, tal vez de forma ingenua, romántica y porque no decirle sacrílega que el desarrollo es generado por la política que traza el ejecutivo para llevar a cabo programas de gobierno, por lo tanto, la ley vendría siendo una especie de instrumento a través del cual el gobierno desarrolla su política, así las cosas, no podríamos afirmar con toda precisión que el legislativo tenga una función creadora de derecho. ¿De qué sirve una formulación hipotética que por sí sola no causa ningún efecto? Es necesario, y salta a la vista que la ley para poder constituirse en Derecho necesita del operador de justicia, que en realidad crea derecho, tal vez por esto Cossio afirmaba: “*Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces*”. (C-083/95). Por otro lado, y en la misma idea instrumentalista de la ley Duguit, al responderse la pregunta de si el derecho es ley afirmaba: “*si el derecho es ley no merece un minuto de esfuerzo*”.

³³ Entendida como aquellas condiciones mínimas que el Estado debe garantizar para que una persona pueda desarrollar su existencia no jurídica sino ontológica.

jerarquización de las fuentes del derecho y tenerlas en un plano de igualdad.

En nuestro Estado, el dominio y control de las fuentes del derecho ha generado una lucha política entre la Corte Constitucional y el Congreso de la República. Desde los albores de la República, el legislativo dominaba la principal fuente del derecho por ser este el cuerpo del cual emanan las leyes. Con la adopción de la nueva Constitución de 1991, se le confirió la salvaguarda de la integridad y supremacía del estatuto superior a la Corte Constitucional (C.N. Art. 241) ejercido de manera ejemplar. Esta corporación entendió que en un Estado social de derecho debe estar al servicio del ciudadano y por lo mismo, garantizar sus derechos y obligaciones; necesariamente debería asignársele un protagonismo sin precedentes al juez por lo que empieza a manejar en las jurisprudencias de la Corte, la teoría de “la función compartida de la creación del derecho entre el legislador y la administración de justicia”, claro está desde una óptica tradicionalista de las fuentes del derecho que tienden a ubicar a la jurisprudencia como criterio auxiliar y no obligatorio su observancia por parte de los jueces.

Sin embargo, en un intento considerado tímido, mas no por ello despreciable, la Corte Constitucional en la sentencia C-083/1995, con ponencia del H. Magistrado Carlos Gaviria Díaz, al decidir si la analogía era o no criterio auxiliar, toda vez que no incluye el artículo 230 de la Constitución Nacional, y que a su vez configura la jurisprudencia, también como criterio auxiliar, habilidosamente en esta sentencia se hace una diferenciación entre lo que es jurisprudencia, aduciendo que esta es un mero orientador de las decisiones de los jueces. En relación con la doctrina

constitucional, se expone que es fuente de integración de las lagunas del derecho y es “obligatoria”, si luego de abordada la aplicación analógica de la ley, persiste el vacío.

En el sistema jurídico existen lagunas en la ley, disponiendo la Constitución por su naturaleza, alcance y pertinencia interpreta la misma,³⁴ vendría a constituir la doctrina constitucional. Por lo tanto, la doctrina vendría a ser la Constitución misma, sin que se cause una herejía al sistema tradicional de fuentes, pues lo obligatorio resultaría ser la Constitución y no la jurisprudencia constitucional, así que la Corte distingue tres conceptos de doctrina constitucional: integradora, interpretativa y la jurisprudencia. La primera es obligatoria para las autoridades y las personas, a diferencia de las otras dos que son criterios auxiliares para orientar la decisión de los jueces y por lo tanto no compromete el criterio autónomo del operador judicial.³⁵ Frente a un planteamiento que resultaba aún fiel al tradicionalismo, no obstante lo intentado por la Corte, el magistrado Eduardo Cifuentes aclara su voto mediante un argumento más directo y menos temeroso, pues expone que la doctrina es obligatoria en un rango mucho mayor de situaciones jurídicas, inclusive, si existe la ley aplicable al caso concreto; por ello, limitar la fuerza de obligatoriedad de la doctrina constitucional a aquellos casos en que no exista derecho aplicable es inadecuado, toda vez que la Constitución opera de forma principal y no subsidiaria.³⁶

En últimas, según el criterio aclarador del voto, las decisiones de la Corte Constitucional como intérprete autorizado de la Constitución, revisten

³⁴ López Medina, Diego Luis. El derecho de los jueces. Ediciones Uniandes.

³⁵ *Ibíd*, p. 25.

³⁶ *Ibíd*, p. 27.

máxima fuerza normativa. Posteriormente, mediante varias sentencias, entre ellas T-123/1995, Eduardo Cifuentes introdujo importantes reformas en la sentencia C-083/1995 cuando afirma lo siguiente: “Solo la doctrina constitucional de la Corte tiene el carácter de fuente obligatoria sin distinción alguna”. Por lo tanto, que no haya duda que las sentencias de la Corte son parte de la Constitución, y más aún, el mismo fallo de la tutela aumenta el valor de la jurisprudencia de las Altas Cortes, desconociendo el valor tradicional tantas veces confirmado.

Amparados en el derecho a la igualdad y so pretexto de una disciplina jurisprudencial para Colombia, la sentencia T-123 plantea la obligación de los jueces de atender el valor del precedente que se agrega a las fuentes ya tradicionales como son la Constitución y la ley.

Posteriormente, en la sentencia SU-047/1999, emanada de la Corte Constitucional, se plantea la radicalización del respeto por la línea jurisprudencial; así, poco a poco se fue desarrollando lo que se considera como un sistema de precedentes judiciales.³⁷ De conformidad con lo anterior, una de las últimas sentencias, como la C-836/2001 que resuelve demanda de inexequibilidad contra el art. 4 de la ley 169 de 1896, donde quedó planteado de una vez por todas la obligatoriedad del precedente, tanto vertical como horizontal. Esta sentencia dice en su parte resolutive:

“Declarar exequible el art. 4 de la ley 69 de 1896, siempre y cuando³⁸ se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al

³⁷ Ibid, p. 25.

³⁸ La sentencia modular fue otro elemento fundamental que introdujo la corte en sus sentencias y que condiciona la exequibilidad de la norma, siempre y cuando se entienda interpretada según los criterios de la Corte. Aunque esta figura causó malestar en el legislativo y en otras Altas Cortes, hoy el grado de evolución hacia el sistema de precedentes es bien avanzado.

apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifiquen su decisión en los términos de los numerales 14 al 24 de la presente sentencia”.

Por lo tanto, define la obligación del juez de considerar los precedentes existentes, así como la obligación de la carga argumentativa para cumplir la excepción a este deber general. La argumentación de esta obligación y las circunstancias en las que el juez debe seguir o desconocer el deber general de respetar los precedentes, tanto de la Corte Constitucional como de los otros Tribunales de justicia, incluso el auto-precedente, conforman la *ratio decidendi* de la sentencia.³⁹

En la aclaración de voto de esa misma sentencia, los magistrados exponen que esperan otras sentencias parecidas para seguir consolidando de una vez por todas la obligatoriedad del sistema de precedentes en Colombia.

En conclusión, podemos afirmar que difícilmente la tradición del dominio de las fuentes en cabeza del legislador, podrá tener cabida otra vez en el ordenamiento jurídico por varias razones: por un lado, en un consenso casi general, el Congreso de la República ha perdido credibilidad y confianza, el pueblo no se siente representado por el legislativo y mucho menos en las soluciones de los conflictos sociales contenidos en la norma, por eso, tribunales como la Corte Constitucional, cuentan con un prestigio sin precedentes y su popularidad es asombrosa, más fácil, un colombiano sabe medianamente qué es la Corte Constitucional y qué es la acción de tutela, y no qué es la ley y cómo está conformado el Congreso.

³⁹ Aclaración de voto de la sentencia C-A 836/2001. Magistrados: Manuel Cepeda y Marco Gerardo Monroy.

No podría afirmar que la función judicial del poder público tiene el dominio exclusivo de las fuentes del derecho en Colombia, lo que sí se puede verificar es que la jurisprudencia ya no es un criterio auxiliar al convertirse en una fuente formal del derecho en razón de las funciones compartidas, y difícilmente dejará de serlo.

Por otro lado, porque cuando se promulgó la Constitución de 1991, sus contenidos no tuvieron un acompañamiento político por parte del legislativo,⁴⁰ no en el sentido de producción de leyes, sino en el entendido del desarrollo de los postulados del Estado social de derecho consagrado en la Constitución, actividad que asumió con compromiso y responsabilidad la Corte Constitucional; sólo así se comprende el fenómeno más conocido como tutelitis.⁴¹

Asimismo, la Constitución Nacional nació a la vida jurídica conteniendo una gran contradicción que en suma ha generado los problemas y los enfrentamientos entre el Congreso y la Corte, y esta última y el Ejecutivo. Mientras en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente se diseñaba el Estado social de derecho, contenido en la parte dogmática de la Carta política, valiéndose de su parte funcional, los gobiernos han impulsado reformas económicas de apertura neoliberal. Mientras la Constitución en cierta medida exigía más Estado y una intervención redistribuida de las autoridades, los gobiernos ponen en marcha planes de desarrollo que disminuyen la presencia social del Estado y favorecen los sistemas de

⁴⁰ Hasta ese instante, el legislativo y la función judicial solo estaban al servicio de los Bancos y las entidades de crédito, que cometía toda clase de abusos contra los usuarios.

⁴¹ DE SOUSA SANTOS Boaventura y GARCÍA Mauricio. *Caleidoscopio de la justicia en Colombia*. Bogotá. Centro de Investigaciones jurídicas de la Universidad de los Andes, 2001.

mercado en la asignación de recursos.⁴² El campo más dramático es el laboral, pues aunque en la parte doctrinaria de la Constitución se consagran importantes garantías laborales y sindicales en consonancia con los tratados internacionales de la OIT, en los diferentes gobiernos han impulsado reformas laborales en detrimento de aquellas garantías.

Por esta razón, la Corte Constitucional ha dicho en reiteradas jurisprudencias y conservando la línea jurisprudencial, que la parte dogmática prevalece sobre la parte estructural, pues sin la primera no tendría razón de ser la segunda.

Concluyendo, más que un control jurídico, la Corte Constitucional hace un control político de la constitucionalidad de la ley, en consonancia con el Estado social de derecho y si el legislador decide apartarse de la Constitución en su actividad legislativa, la Corte, no en función de frenos y contrapesos, sino comportando un compromiso social con el pueblo colombiano, hace prevalecer la norma fundamental.

Análisis de las sentencias

Este análisis se realizará bajo las siguientes preguntas metodológicas, con el fin de buscar los aportes a la argumentación jurídica de las sentencias analizadas: **¿del problema jurídico planteado, cuales tesis argumentativas se aplicaron?, ¿cuáles fueron los derechos en tensión para resolver el caso?, y ¿existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?**

⁴² Uprimny, Rodrigo. Seminario de evaluación: Diez años de la Constitución Colombiana. ILSA 13- 16 de junio de 2001. Universidad Nacional.

1. Sentencia C-022/96

El siguiente análisis corresponde a la metodología presentada: **¿del problema jurídico planteado, cuales tesis argumentativas se aplicaron?**

Problema jurídico de la sentencia: ¿El beneficio otorgado a los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a ingresar a un centro de educación superior, consistente en un aumento del puntaje de las pruebas del ICFES, equivalente al 10% del puntaje obtenido, vulnera el derecho a la igualdad de los demás candidatos a ingresar a una institución de esa índole?

Desde esta cuestión problemática, las tesis presentadas fueron la ponderación de los principios, principios parciales de la igualdad, la máxima de la igualdad, razonabilidad concentra en la proporcionabilidad, de ALEXY:

“La estructura del derecho a la igualdad y la carga de la argumentación. La teoría jurídica analítica, aplicada al tratamiento del derecho a la igualdad, ha establecido algunas distinciones de mucha utilidad para la solución de casos relacionados con ese derecho. La primera de ellas tiene que ver con la *estructura* de las normas que establecen el derecho a la igualdad, tales como la formulación aristotélica clásica o el artículo 13 de nuestra Constitución Política. En efecto, los conflictos en juego como el derecho a la igualdad, muestran que las normas que lo consagran pueden ser tratadas como *principios*, esto es, son normas cuya aplicación en un caso concreto depende de la ponderación que se haga frente a los principios que con él colisionan”.⁴³

(...) “Por otra parte, el principio de igualdad puede ser descompuesto en dos principios parciales, que no son más que la clarificación analítica de la fórmula clásica enunciada y facilitan su aplicación:[\[8\]](#)

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 409.

a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.”

b. “Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual”.

(...) “el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha afirmado que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable”.

(...) “La teoría jurídica alemana, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha mostrado cómo el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de *proporcionalidad*”.

Y en el mismo sentido cita a VIEHWEG, con la tesis del razonamiento dialéctico y problemático:

“La valoración judicial del criterio de diferenciación, a la luz de la Constitución, es una tarea compleja. Sin embargo, algunas precisiones analíticas, de las que la Corte se ocupará enseguida, facilitan esa tarea, aunque ello no signifique la solución incontestable del problema. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos, no de un conjunto de axiomas que pueda aplicar con pleno rigor lógico”.

¿Cuáles fueron los derechos en tensión para resolver el caso?

Derecho a la igualdad. *Formulación clásica del derecho a la igualdad* .El punto de partida del análisis del derecho a la igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”⁴⁴. Hablar de igualdad o desigualdad, tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas:

⁴⁴ Aristóteles. La política III 9.

¿Igualdad entre quiénes?

¿Igualdad en qué?

¿Igualdad con base en qué criterio?

Los dos primeros interrogantes son materia de controversia. En el caso sometido a examen de la Corte, el Artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, establece una diferenciación **entre los bachilleres que han prestado el servicio militar y aquéllos que no lo han hecho**, *respecto de* la oportunidad de ingresar a un centro de educación superior, originada en el aumento previsto en el puntaje de las pruebas del ICFES.

El tercer interrogante, relativo al criterio utilizado para establecer un tratamiento diferenciado, implica una valoración por parte de quien pretenda responderlo. En el seno de un Estado social de derecho, en el que se establece el control constitucional de las leyes,⁴⁵ el criterio de diferenciación usado por el legislador está sometido al control del juez constitucional. En nuestro ordenamiento jurídico corresponde a la Corte Constitucional determinar si dicho criterio valorativo está conforme con el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política que garantiza a todos los colombianos la misma protección y trato de las autoridades, así como los mismos derechos, libertades y oportunidades. El mismo artículo 13 prohíbe algunos criterios de diferenciación como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica.

La valoración judicial del criterio de diferenciación a la luz de la Constitución, es una tarea compleja. Sin embargo, algunas precisiones

⁴⁵ Cf. Sentencia T-230/1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

analíticas de las que la Corte se ocupará enseguida, facilitan esa tarea, aunque ello no signifique la solución incontestable del problema. En el ámbito de la razón práctica, el juzgador dispone de razonamientos dialécticos y problemáticos, no de un conjunto de axiomas que pueda aplicar con pleno rigor lógico.⁴⁶

La ponderación⁴⁷. El término “ponderación” puede ser entendido en un sentido amplio y en un sentido estricto. En sentido amplio, la ponderación es un modo de argumentación constitucional, por medio del cual el juez resuelve una colisión entre valores, objetivos, intereses o principios constitucionalmente protegidos. La ponderación se puede llevar a cabo de distintas maneras, es decir, puede consistir en un método más o menos estructurado, con criterios analíticos más o menos precisos para cada paso del método y, por supuesto, con parámetros analíticos que difieren en cuanto a su contenido y su intensidad. En sentido estricto, la ponderación es uno de los pasos en la aplicación del principio de proporcionalidad, generalmente el último paso, en el cual el juez lleva a cabo una evaluación del grado en el cual una norma o situación determinada afecta un derecho o principio constitucional, por una parte, y de la importancia de los valores, principios, intereses u objetivos constitucionales invocados para justificar la imposición de dicha carga, por otra.⁴⁸

⁴⁶VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Editorial Taurus, 1964. p. 49 y ss.

⁴⁷ CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. La ponderación de derechos en Colombia. El aporte de la jurisprudencia constitucional.

⁴⁸ Sentencia C-114 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño (Salvamento de voto de Manuel José Espinosa, así como de Eduardo Montealegre Lynett, Marco Gerardo Monroy Cabra en donde se extiende la aplicabilidad de la ponderación a otros problemas jurídicos constitucionales, incluso a aquellos relacionados con el ejercicio de funciones públicas y con el procedimiento legislativo, por medio de la inferencia de principios generales a partir de reglas constitucionales específicas, y de la ponderación de dichos principios, en lugar de la aplicación de las reglas en cuestión)

¿Existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?

En sentido estricto sí, como consecuencia de que los argumentos de ALEXY y VIEHWEG, son esenciales en los métodos de interpretación de este problema jurídico, tales como **la ponderación, la dialéctica y la racionalidad práctica**. Las cuales permiten llegar a la solución de este caso difícil, sin afectar a los bachilleres que ya gozaban de este derecho o que estuvieren próximos a tenerlo, pero prescribiéndolo para los del futuro, así:

PRIMERO. Declarar inexecutable el artículo 40, literal b, a excepción del párrafo, de la Ley 48 de 1993.

SEGUNDO. Disponer que los efectos de la presente sentencia se producirán a partir del momento de la notificación de la misma. En consecuencia, los bachilleres que hayan culminado el servicio militar antes de ese momento y los que aún se hallen prestándolo, tienen derecho a recibir el beneficio previsto en dicha disposición. Por el contrario, **los bachilleres que al momento de la notificación de la presente providencia no hayan comenzado la prestación del servicio militar, no serán beneficiarios de la prerrogativa** prevista en la norma objeto de la presente declaratoria de inexecutable.

2. Sentencia T- 629/2010.

¿Del problema jurídico planteado, cuales tesis argumentativas se aplicaron?

El problema jurídico por resolver en este asunto, consiste en definir “si el establecimiento de comercio ‘Bar Discoteca PANDEMO’, vulnera y/o amenaza el derecho fundamental al trabajo de la señora LAIS, quien se desempeña como trabajadora sexual”.

La tesis argumentaba utilizada fue la de Robert Alexy, de la siguiente forma:

“Sin embargo, dicho criterio de justicia resulta vacío, si no se determina desde qué punto de vista una situación, persona o grupo es igual a otro. Por ello, en planteamientos recogidos por este Tribunal de la doctrina alemana”.

¿Cuáles fueron los derechos en tensión para resolver el caso?

Los derechos a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital.

¿Existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?

Sí, en la medida que el argumento de determinar la igualdad entre una persona o grupo es definitivo en el caso en estudio. Y el fallo resuelve:

“SEGUNDO. Amparo de los derechos fundamentales a la igualdad de trato ante la ley, a la no discriminación, al trabajo, la seguridad social, la dignidad, la protección de la mujer en estado de embarazo, el derecho del que está por nacer, el fuero materno y el mínimo vital”.

3. Sentencia C- 077/2017

¿Del problema jurídico planteado, cuáles tesis argumentativas se aplicaron?

El problema jurídico planteado en la sentencia:

“5.1. ¿Las medidas legislativas adoptadas mediante la Ley 1776 de 2016 comportan afectaciones directas y específicas a comunidades étnicamente diferenciadas que hacían imperativo el agotamiento de un proceso consultivo previo?

5.2. ¿Se incurrió, en el proceso de formación de la ley, en la prohibición de sesiones simultáneas (comisión y plenaria) durante el

primer debate del proyecto de ley 223 Cámara, adelantado en la Comisión Quinta de esta célula legislativa?

5.3. ¿Se incurrió, en el proceso de formación de la ley, en un vicio de procedimiento consistente en la omisión de votación nominal del título de la ley, que según los actores fue objeto de modificación?

5.4. ¿El párrafo 3° del artículo 3° y los artículos 10, 13, 14, 15 y 21 inciso 5° de la Ley 1776 de 2016 contravienen los artículos 58, 64, 65 y 93 de la Carta, y el 2.1 del PIDES, en la medida en que modifican el régimen de baldíos, incorporando, sin justificación constitucional, medidas regresivas en materia democratización del acceso a la tierra y el derecho al territorio del campesinado?

5.5. ¿El artículo 3°, inciso 2°, literales a), b), y c), los artículos 7 y 17 (parciales) son contrarios al artículo 64 C.P., como quiera que reducen el marco de protección del derecho social al acceso a la tierra?

5.6 ¿El inciso segundo (literales a, b, c, d y e) y el párrafo 4° del artículo 3°; así como los párrafos 1° y 2° del artículo 7°; el artículo 13 (parcial); el artículo 15 inciso primero (parcial) y párrafo; y el artículo 17 de la Ley 1776/16, al establecer una determinada forma asociativa entre campesinos y empresarios vulnera los derechos al **libre desarrollo de la personalidad** (Art. 16), a la libertad de **escogencia de profesión** u oficio (Art.26), y a la **libertad de asociación** (Art. 38) de los campesinos, así como los objetivos del desarrollo previstos en el artículo 334 de la Constitución, comoquiera que, a juicio de los actores, se sustenta en relaciones asimétricas, se impone a los campesinos el deber de asociarse para

acceder a la tierra y se limita su libertad de elegir si continúan ejerciendo su oficio en la forma tradicional?

5.7. ¿El párrafo 4 del artículo 4, el inciso 1 del artículo 20, y los incisos segundo y tercero del artículo 21 son contrarios a los principios de **participación, descentralización y autonomía** de los entes territoriales (Arts. 187, 288 y 311 C.P.), en cuanto desconocen las funciones que la Constitución asignó a los municipios en materia de ordenamiento del desarrollo de su territorio y regulación de los usos del suelo? 144

5.8. ¿Incurrió el legislador en el artículo 29 de la Ley 1776/16, en una omisión legislativa relativa al establecer la prohibición de constituir ZIDRES (zonas de interés de desarrollo rural, económico y social) en **territorios colectivos en proceso de titulación de las comunidades negras, y no extender la misma prohibición a los territorios en proceso de titulación de resguardos indígenas?**”.

La tesis argumentada utilizada fue la de **Robert Alexy**, de la siguiente forma:

“(i.e. ley de ponderación, fórmula del peso, y la carga de la argumentación)”: cita siete criterios:

i. “la afectación del derecho constitucional al acceso progresivo a la propiedad de la tierra (art. 64 C.P.) es *prácticamente nula o muy leve*.”

ii. Si les permite a los campesinos *ser incluidos...*

iii. *El estado exigió a favor de la población campesina, por parte de las empresas agroindustriales (...) el acceso a tierras, crédito, generación de valor agregado y transferencia de tecnología, y la promoción.*

iv. *El Estado protege a los campesinos.*

v. Frente a la pregunta *¿qué le exige el Estado a las empresas agroindustriales a favor de las regiones en las cuales operan?*, el

interviniente responde que se aumentan de manera significativa en esas regiones los ingresos.

vi. El estado regula la concentración de la tierra y su uso.

vii. (...) *se justifica que no exista límite alguno en cuánto el número de UAF a adquirir por parte de las empresas agroindustriales*”.

Como se puede analizar, son siete argumentos para ocho problemas jurídicos, bajo una razón general, no rigurosa de la fuente y concluyendo unos supuestos muy creativos y macondianos.

¿Cuáles fueron los derechos en tensión para resolver el caso?

Las “**garantías mínimas relacionadas con “el aseguramiento de la titularidad de los campesinos, (...) El derecho a la seguridad alimentaria** de todos los asociados” (...).

¿Existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?

No, como consecuencia de que la cita no es garante de “pretensión de objetividad”, o de episteme, más bien es un buen ejemplo de comentario y de doxa, comentario respetable, pero que no corresponde al rigor de una corte judicial, bajo falacias que desvirtúa al autor citado.

¿Existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?

El fallo analizado decidió:

EXEQUIBLE

1. Vicios de procedimiento, la Ley 1776 de 2016.
2. Por el cargo de omisión de la consulta previa a las comunidades étnicas exigida por el Convenio 169 de la OIT.

3. Los literales a), b), c) d) y e) del inciso segundo y los párrafos 3° y 4° del artículo 3° de la Ley 1776 de 2016.
4. El párrafo 1° del artículo 7° de la Ley 1776 de 2016.
5. Los artículos 10, 13, 14, 15 y 21, inciso quinto de la ley 1776 de 2016.
6. El artículo 29 de la Ley 1776 de 2016, bajo el entendido que *“la prohibición de constituir ZIDRES se extiende a los territorios indígenas que se encuentran en proceso de titulación como resguardos”*.
7. El artículo 20 y los incisos segundo y tercero del artículo 21 de la Ley 1776 de 2016, bajo el entendido que *“la identificación, delimitación y aprobación de las zonas Zidres deberá estar precedida de un proceso de información, concertación y coordinación con los concejos municipales de los entes territoriales que resulten afectados por estas decisiones y tomar en cuenta los planes, planes básicos y esquemas de ordenamiento territorial en las zonas rurales de esos municipios”*.

INEXEQUIBLE

1. *“la expresión “que deben ser considerados para la elaboración de los planes, planes básicos y esquemas de ordenamiento territorial en las zonas rurales de los municipios” contenida en el inciso cuarto del artículo 4° de la Ley 1776 de 2016.*
2. *“solo si garantizan que estos en desarrollo del proyecto pueden adquirir un determinado porcentaje de tierra agrícola, calculado con base en sus posibilidades de explotación”, contenida en el párrafo 2° del artículo 7° de la Ley 1776 de 2016”*.
3. el artículo 17 de la Ley 1776 de 2016.

INHIBIDO

1. para emitir un pronunciamiento de fondo por el cargo de reserva de ley.
2. para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con el artículo 8° de la Ley 1776 de 2016, por ineptitud sustantiva de la demanda”.

Frente a la pregunta que nos ocupa **¿existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?**, la respuesta es no, por la existencia de un error en la cita argumentativa anteriormente ya referenciada. Además, los problemas jurídicos y la decisión no corresponden respecto del sujeto que pretende proteger, que en principio es el campesino y en el fallo se cambia por el empresario, demostrando una falta de coherencia y carencia de rigor lógico.

CONCLUSIONES

En la presente investigación se planteó la pregunta siguiente: **¿la argumentación y ponderación jurídica se aplica en los fallos de la Corte Constitucional?** En buena medida, la respuesta se ha desarrollado en los diferentes capítulos anteriores, la respuesta a la pregunta es afirmativa como consecuencia de analizar y estudiar tres fallos (C-022 de 1996, T-629 de 2010 y C-077 de 2017,) utilizando una herramienta que he denominado **“PRAXIS JUS”**, la cual se evidencia mediante una triangulación de tres preguntas, a saber: ¿del problema jurídico planteado, cuáles tesis argumentativas se aplicaron?, ¿cuáles fueron los derechos en tensión para resolver el caso?, ¿existe conexión entre el fallo y la tesis argumentativa seleccionada?. Se encontraron diferencias abismales entre unas y otras, no todas son casos ejemplares a seguir y algunas son ligeras y sin rigor, respecto de la argumentación, ponderación jurídica y su aplicación.

Este ejercicio permitió crear dos aportes al campo jurídico en estudio:

- 1. Este estudio aporta una herramienta teórica jurídica para sentencias judiciales**, el cual consiste en enfrentar el texto del fallo judicial bajo tres preguntas dinámicas, buscando sus repuestas. Con el objeto de verificar las tesis argumentativas y su relación con el problema jurídico, los derechos en tensión y el fallo, si estos corresponden a la “pretensión de objetividad”, o por el contrario, son decisiones con insuficiencia teórica, mal citadas, sin coherencia, faltas de rigor y de disciplina argumentativa. Esta no pretende ser una fórmula mágica, sino una guía para aportar a los análisis y estudios de

la argumentación jurídica y de la filosofía del derecho. Es una triangulación con el propósito de develar formas de argumentar: ¿qué escuelas del derecho son las más citadas?, ¿qué autores?, ¿qué tesis son las más utilizadas?, ¿cuáles son nuestros juristas más relevantes?, y en fin, cómo se razona para llegar a las decisiones judiciales.

Tras haber hecho una breve presentación de algunas teorías jurídicas que aportan criterios relevantes como la clasificación de los casos en Atienza: fáciles, difíciles y trágicos; de igual forma la teoría de la ponderación de Alexy y Viehweg, con la técnica para resolver puntos problemáticos, los cuales proponen formas diferentes de afrontar los casos y búsqueda de decisiones no tradicionales.

Los jueces en sus decisiones deberían recepcionar y tener mayor rigor en la aplicación de las teorías jurídicas, por su potestad decisoria para resolver la cuestión sometida a su conocimiento. La sentencia es sin duda la decisión por excelencia, pues resuelve las cuestiones objeto del litigio ya sea condenando o absolviendo en los procesos, reconociendo o desconociendo lo pretendido por las partes en distintos casos que se puedan presentar, incorporando principios éticos y de justicia.

2. Este estudio aporta en que los casos difíciles y trágicos en nuestro contexto nacional de acuerdos de paz y justicia transicional, no son sólo referencias académicas, sino que requieren mayor atención para afrontarlos bajo criterios de ponderación, argumentación jurídica y estándares internacionales. Estos casos no son excepcionales, ya que la regla ha sido la excepción, concentrarnos en ellos, en tiempos de construcción de paz, requiere desempolvar estos planteamientos para

fortalecer nuestro sistema jurídico como las ejecuciones extrajudiciales (mal llamados falsos positivos), genocidios, masacres, desapariciones forzadas y en general situaciones con ocasión del conflicto armado interno.

Esta exigencia es de las sociedades democráticas, donde debe existir un control ciudadano al sistema jurídico, basada en la argumentación jurídica y en la filosofía del derecho, analizando, estudiando y sistematizando sus contenidos, complementando en la construcción de líneas jurisprudenciales a la sociedad en general.

Así, este estudio aporta una herramienta de carácter teórico práctico para vislumbrar las formas de resolver los casos relevantes desde la argumentación jurídica, con el propósito de construir al desarrollo de una sociedad más justa y equitativa.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ATIENZA Manuel, Derecho y argumentación. Universidad Externado de Colombia. No. 6.
- _____ *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Editorial Ariel, 1993.
- *Fallos Históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, Selección, Traducción y Prólogo de Guillermo Guzmán Orozco, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2000.
- LUHMANN, N. 1989. Sistema jurídico y Dogmática jurídica. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas, Madrid, 1979.
- Poder Judicial de la Federación, *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Novena Época)*, 2 a ed., México, Poder Judicial de la Federación, 2000.

- SCHWABE Jürgen, *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Trad. Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez -Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- Viehweg, T., *Tópica y Jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Taurus, 1964.
- WESTON Antony. Las claves de la argumentación. Editorial Aruel S. A. Barcelona. 1994.
- Basta Ya, GMH 2013.
- MANUEL ATIENZA, Interpretación constitucional. Ed. U Libre 2017.
- MANUEL ATIENZA. Curso de argumentación jurídica. Ed. Trotta. 2013.
- El malpensante. Marzo-abril 1998.